Einwirkungen des Konkurses auf gegenseitige Verträge

bei teilweiser Erfüllung seitens des Gemeinschuldners und Ablehnung weiterer Erfüllung durch den Konkursverwalter.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt von

LEOPOLD KAATZ,

Referendar aus Dessau.

1907.

Druck von H. S. Art'l, Dessau.

Referent: Professor Dr. Wachenfeld.

Meiner lieben Braut.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41553618_0029

Literatur.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 10, 11, 29, 41, 46.

Bolze, Praxis des R.-Ger. in Zivilsachen. Bd 2, 3, 8, 15.

Juristische Wochenschrift, Jahrgang 1888, 1892, 1894, 1895, 1900, 1901, 1904.

J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 42, 47, 61.

B. Mugdan und **R. Falkmann,** Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Bd. 4 Nr. 10

Annalen des Kgl. Sächs. O. L. G. zu Dresden. Bd. 17.

Glaser, Unger und **Walther,** Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des K. K. obersten Gerichtshofes. Bd. 17.

C. Hahn, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877. Berlin 1899.

Amon, Über die Erfüllung schwebender Rechtsverhältnisse im Konkurse. Inaug.-Diss. Erlangen 1896.

Brachmann, Die Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners. 1883.

Grünwald, Über den Einfluss des Konkurses eines der Kontrahenten auf Kauf- und Mietsverträge desselben. Inaug.-Diss. Göttingen 1889.

Hellenbroich, Erfüllung der Verträge im Konkurse. Inaug.-Diss. Erlangen 1897.

Lippmann, Die rechtliche Stellung des Konkursverwalters. Iherings-Jahrbücher, Bd. 41.

Oetker, Über den Einfluss der Eröffnung des Konkursverfahrens auf noch nicht erfüllte zweiseitige Verträge. Busch, Zeitschrift für deutschen Zivilprozess. Bd. 14.

Oetker, Konkursrechtliche Probleme. Busch, Ztschr. f. d. Z.-P. Bd. 25

Voigt, Der Einfluss des Konkurses auf die schwebenden Prozesse des Gemeinschuldners. 1903.

Zelk, Der Einfluss der Konkurseröffnung auf die Erfüllung der Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners. Inaug. Diss. Rostock 1889.

Sydow-Busch, Konkursordnung. 9. Aufl. 1902.

Hullmann, Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1879.

Jaeger, Kommentar zur K. O. 2. Aufl. 1903.

Petersen-Kleinfeller, K. O. für das Deutsche Reich. 4. Aufl. 1900.

Rintelen, Das Konkursrecht, 2. Aufl. 1902.

Sarwey-Bossert, Die K. O. für das deutsche Reich, 4. Aufl. 1900.

Staub, Kommentar z. H. G. B. 6. u. 7. Aufl. 1900.

Stieglitz, Die K. O. f. d. Deutsche Reich. 1879.

v. Völderndorff, Die K. O. f. d. Deutsche Reich. 2. Aufl. 1884.

Eck, Besprechung von Fittings Lehrbuch des Reichskonkursrechts. Ztschr. f. d. gesamte Handelsrecht. Bd. 38.

v. Wilmowski, Deutsche R. K. O. 6. Aufl. 1906.

Wolff, K. O. 1900.

Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatrechts. Bd. II, 3. Aufl. 1882.

W. Endemann, Das deutsche Konkursverfahren. 1889.

Fitting, Das Reichskonkursrecht u. Konkursverfahren. 3. Aufl. 1904,

Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht. 7. Aufl. 1896.

Hellmann, Deutsches Reichskonkursrecht in Birkmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft. 1901.

Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts. 1891.

Mandry-Geib, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze. 4. Aufl. 1898.

Schultze, Das deutsche Konkursrecht in seinen juristischen Grundlagen. 1880.

L. Seuffert, Deutsches Konkursprozessrecht. 1899.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl., 1902/03.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens. Bd. II, 3. Aufl. 1905.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4 Aufl. 1903.

T. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 9. Aufl. 1903.

Oertmann, Kommentar z. B. G. B., das Recht der Schuldverhältnisse. 1899.

Planck, B. G. B., 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1904.

Rehbein, B. G. B. Bd. II, 1902.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1900.

Staudinger, Kommentar z. B. G. B. 2. Band, 2. Aufl. 1905.

Fischer-Henle, B. G. B. 4. Aufl. 1900.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung nach dem B. G. B. f. d. Deutsche Reich. 1900.

Allfeld, Kommentar zu den Gesetzen vom 19. Juni 1901, betr. das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst und über das Verlagsrecht. 1902.

Disposition.

Seite

I. Einleitung: Das Wesen der gegenseitigen Verträge . . 1
II. Wirkungen der Konkurseröffnung im Allgemeinen . . 3
III. Wirkungen der ablehnenden Erklärung des Konkursverwalters im besonderen 8
1. Der Vertrag bleibt in seinem rechtlichen Bestande unberührt 8
2. Wahlrecht des Vertragsgegners zwischen Teilnahme und Nichtteilnahme am Konkurse 12
a) Der Vertragsgegner nimmt teil am Konkurse . . 12
b) Der Vertragsgegner nimmt nicht teil am Konkurse 22
IV. Besondere Vertragsarten 36

I. Einleitung: Das Wesen der gegenseitigen Verträge.

Wenn hier von gegenseitigen Verträgen, die seitens des Gemeinschuldners teilweise erfüllt sind, gesprochen werden soll, so erheischt das keine Auseinandersetzung darüber, wann eigentlich ein gegenseitiger Vertrag vorliegt, wann nicht und wann man von teilweiser Erfüllung sprechen kann. Dies sind Fragen, die von Fall zu Fall besonders zu entscheiden sind und ihre Beantwortung in Kommentaren finden. Hier sind die Tatsachen, dass ein gegenseitiger Vertrag vorliegt und dass dieser Vertrag seitens des in Konkurs geratenen Kontrahenten bereits teilweise erfüllt ist, gewissermassen als die gegebenen Grössen zu betrachten, mit denen gerechnet wird.

Anders ist es mit der Frage nach dem Wesen eines gegenseitigen Vertrages. Da dies die Grundlage der folgenden Untersuchungen bildet, so mag mit kurzen Worten darauf eingegangen werden.

Schuldverhältnisse, welche auf Verträgen beruhen, können verschieden gestaltet sein. Entweder übernimmt nur der eine Teil Verpflichtungen, während der andere Teil nur Rechte aus dem Vertrage herleitet oder beide Teile sind zu Leistungen verbunden. Je nachdem das eine oder das andere der Fall ist, liegt ein einseitiger oder ein zweiseitiger Vertrag vor. Die zweiseitigen Verträge gliedern sich wieder in vollkommen oder unvollkommen zweiseitige Verträge, *contractus bilaterales aequales* und *inaequales*. Bei den unvollkommen zweiseitigen Verträgen bildet die Verpflichtung des einen Vertragsteils den Hauptinhalt des Vertrages und nur unter Umständen erwachsen auch dem Schuldner Ansprüche z. B. beim Auftrag. Bei den vollkommen zweiseitigen Verträgen stehen auf beiden Seiten Rechte und Pflichten, so dass jeder der Kontrahenten notwendig Gläubiger und Schuldner

zugleich ist. Der Leistung des einen Teiles steht — wie z. B. beim Kauf — stets die Leistung des anderen Teiles als Entgelt gegenüber. Und nur diese *contractus bilaterales aequales* fallen unter den Begriff der gegenseitigen Verträge nach B. G. B., welches bei ihrer Regelung eine eigene Stellung eingenommen hat. Das B. G. B. vermittelt gewissermassen zwischen dem römischen Recht und dem preussischen Allgemeinen Landrecht.

Das römische Recht ging aus von der Selbständigkeit der beiderseitigen Verpflichtungen. Es sah ursprünglich sogar in den gegenseitigen Verträgen zwei Obligationen, die miteinander rein gar nichts zu tun hatten. Von diesem Extrem kam das entwickelte römische Recht mehr und mehr zurück. Wenn es auch immer jede der beiderseitigen Verpflichtungen für selbständig einklagbar erklärte, so musste doch derjenige, der vertragswidrig selbst noch nicht erfüllt hatte und vom Gegner Erfüllung einklagte, fürchten, durch *exceptio* zurückgewiesen zu werden. Diese *exceptio* blieb aber immer nur eine Einrede, für die denjenigen, welcher sie vorschützte, die Beweislast traf. Vor allem brauchte nach römischem Recht der Kläger, um seinen Anspruch auf die Gegenleistung als schlüssig erscheinen zu lassen, nicht darzutun, dass er seinerseits seinen Verbindlichkeiten nachgekommen oder doch dazu bereit wäre.

Ganz anders war der Standpunkt des preuss. A. L. R. Dieses ging davon aus, dass Rechte und Verbindlichkeiten aus einem gegenseitigen Vertrage in einem festen Abhängigkeitsverhältnis zu einander standen. Ohne Leistung kein Recht auf Gegenleistung. Wer hier auf Erfüllung klagte, musste zur Begründung seiner Klage beweisen, dass er seinen Pflichten aus dem Vertrage nachgekommen sei, zum mindesten musste er seine Bereitschaft zur Leistung offenbaren.

Die Verschiedenheit der beiden Systeme zeigt sich ferner, wenn durch Zufall die Leistung des einen Teiles unmöglich wird. Das römische Recht befreit hier den Schuldner von seiner Leistung, lässt ihm aber den Anspruch auf die Gegenleistung (*periculum est emptoris*), während das A. L. R. in solchen Fällen beiden Teilen die Leistungspflicht abnimmt.

Das B. G. B. stellt sich zwischen beide Systeme. Es erkennt zunächst an — und damit folgt es dem römischen Recht —, dass

die Ansprüche der Beteiligten unabhängig von einander einklagbar sind und dass die eventuelle Geltendmachung der Nichterfüllung nur einredeweise geschehen kann. Andererseits ist dem A. L. R. und dem *code civil* der Satz entnommen, dass durch zufälliges Unmöglichwerden der einen Leistung auch der andere Teil vom Vertrage entbunden wird.

Abgesehen von besonderen Parteivereinbarungen gilt nun für die gegenseitigen Verträge der Grundsatz der Erfüllung Zug um Zug, d. h. der regelmässige vom Gesetz vorgesehene Gang der Dinge ist der, dass jeder der Kontrahenten bei richtigem Angebot der Gegenleistung — grundsätzlich aber auch nur dann — zur Leistung verpflichtet ist.

II. Wirkung der Konkurseröffnung im Allgemeinen.

Was soll nun Rechtens sein, wenn, ehe die oben angedeutete regelmässige Entwicklung abgeschlossen, während der Vertrag also noch in der Schwebe ist, über das Vermögen des einen Kontrahenten der Konkurs eröffnet wird? Darüber, dass nur durch die Konkurseröffnung die vorher vom Gemeinschuldner gültig abgeschlossenen Verträge in ihrem rechtlichen Bestande nicht berührt werden, herrscht kein Streit, es fragt sich nur, inwieweit sie in das Verfahren mit hineingezogen werden.

Unberührt vom Konkurse bleiben zunächst alle diejenigen Verträge, bei denen Erfüllung durch den Gemeinschuldner in Person derart wesentlich ist, dass jede von einem Dritten angebotene Leistung nicht die vertragsmässige sein würde, z. B. die Abfassung eines wissenschaftlichen Werkes und dergl. Im übrigen erledigen sich, soweit sie zur Konkursmasse gehören, die einseitigen Verträge grundsätzlich ziemlich einfach. Entweder handelt es sich um Ansprüche des Gemeinschuldners, dann muss der andere Teil in der Regel an die Konkursmasse leisten, oder der Gemeinschuldner ist der Verpflichtete, dann rangiert der Berechtigte meistens unter den Konkursgläubigern. Doch auch die von einer Seite vollkommen erfüllten zweiseitigen Verträge bieten, da sich das Rechtsverhältnis hier nach Art der einseitigen Verträge vereinfacht, geringe Schwierigkeiten.

Anders verhält es sich mit den noch von keiner Seite vollkommen erfüllten zweiseitigen Verträgen. Da entsteht, wenn einer der Kontrahenten in Konkurs fällt, eine Rechtslage, die der Gesetzgeber einer besonderen Regelung für würdig befand und befinden musste. Die Motive[1]) führen hierzu aus, es erscheine bedenklich einfach die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts und des Konkursrechts walten zu lassen, da es fraglich sein würde, welche Vorschriften des bürgerlichen Rechts anzuwenden seien, ob die Vorschriften über die Folgen der Nichterfüllung eines Vertrages oder einer Unmöglichkeit seiner Erfüllung oder der Erfüllungsart und zwar zufolge Verschuldung des einen Kontrahenten oder zufolge eines in der Person desselben eingetretenen ‚Zufalls' oder eines „blossen Zufalls" —, oder die Vorschriften über das Recht zum Rücktritt von den Verträgen wegen Verzuges oder wegen Veränderung der Umstände. Man würde also, so folgern die Motive, jedenfalls einer unabsehbaren Verwirrung Raum geben, wollte man die Anwendung dieser Grundsätze auf das Konkursrecht der Praxis überlassen.

Man kann aber ruhig weitergehen und sagen, dass hier ohne Eingreifen des Gesetzgebers geradezu eine verschlossene Tür wäre. Es gibt im Konkurse gewissermassen eine „Sollmasse" und eine „Istmasse".[2]) Zur Sollmasse gehört alles, was überhaupt nur Gegenstand der Konkursmasse sein kann, während die Istmasse nur dasjenige umfasst, was tatsächlich zur Konkursmasse gezogen wird. Die Entscheidung darüber, was aus der Sollmasse in die Istmasse übergehen soll, steht grundsätzlich dem Konkursverwalter zu. Bei seiner Entscheidung darf nur das Interesse der Masse massgebend sein. Der Kokursverwalter macht sich verantwortlich, wenn er es schuldhaft verabsäumt, wertvolle Gegenstände aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zur Masse zu ziehen. Es kann ihm aber auch nicht zugemutet werden, ein Recht für die Masse in Anspruch zu nehmen, das mit einer unverhältnismässig grossen Last untrennbar verbunden ist. Denn es unterliegt keinem Zweifel, dass durch die Eröffnung des Konkurses die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen

[1]) Motive S. 63.

[2]) Der Ausdruck findet sich bei Kleinfeller.

Rechts, soweit sie nicht im Widerspruch stehen mit den Vorschriften der Konkursordnung, nicht berührt werden. Es bleiben daher insbesondere die aus einem gegenseitigen Vertrage sich ergebenden Einreden bestehen. Verlangt also der Konkursverwalter von dem Vertragsgegner des Gemeinschuldners Erfüllung des gegenseitigen Vertrages zur Masse, so kann der andere, falls er nicht etwa vorzuleisten verpflichtet ist, ohne weiteres geltend machen, dass er nur Zug um Zug zu erfüllen brauche, und selbst wenn er vorzuleisten verpflichtet wäre, bliebe ihm meistens noch der Schutz des § 321 B. G. B.

Die Frage hat im § 17 K. O. ihre Lösung gefunden. Es heisst dort im Abs. 1: „Wenn ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner und von dem anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt ist, so kann der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung von dem anderen Teile verlangen."

Dieser Paragraph bedeutet für die noch von keiner Seite vollkommen erfüllten zweiseitigen Verträge die Anerkennung des Wahlrechts des Konkursverwalters, ob er einen Gegenstand für die Masse in Anspruch nehmen will oder nicht. Ferner ist darin, dass „der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen kann", enthalten, dass dem anderen Vertragsteil, wenn der Konkursverwalter Erfüllung wählt, die Stellung eines Massegläubigers eingeräumt wird. Das bedarf keiner besonderen Hervorhebung, denn aus dem Wesen der gegenseitigen Verträge ergibt sich diese Folgerung von selbst. Unrichtig ist es daher, wenn in der Literatur teilweise die Ansicht vertreten wird, als sei durch § 17 K. O. nur aus Billigkeitsrücksichten dem Vertragsgegner des Gemeinschuldners die Stellung eines Massegläubigers eingeräumt worden. Im Gegenteil, es hiesse die Fundamente der Lehre vom gegenseitigen Vertrage umstürzen, wollte man den anderen Teil zur vollständigen Leistung zwingen und ihn wegen seiner Ansprüche mit der gewöhnlichen Konkursrate[1]) abfinden. Wenn man hier von Billigkeitsrücksichten sprechen will, so kann man es höchstens in dem Sinne, dass gerade dem

[1]) Ebenso Oetker, Busch, Bd. 25 S. 11.

Konkursverwalter das Wahlrecht zwischen Erfüllung und Nichterfüllung zugestanden wurde.

Der § 17 K. O., welcher dem früheren § 15 entspricht, hat durch die Novelle zur K. O. vom Jahre 1897 in seinem Wortlaut keine Änderung erfahren. Es ist nun, da der Paragraph von ‚zweiseitigen Verträgen' spricht, die bereits früher aufgeworfene Streitfrage wieder hervorgetreten, ob damit auch die *contractus bilaterales inaequales* gemeint sind, bei denen zufällig auch für den Berechtigten eine Verpflichtung entstanden ist, ohne dass sie von vornherein als Entgelt vereinbart war, oder ob die Bestimmung nur auf die *contractus bilaterales aequales*, also nach der Terminologie des B. G. B. die ‚gegenseitigen Verträge' Anwendung finden soll. Die herrschende Ansicht hat sich für die letztere, engere Auslegung entschlossen.[1])

Zugeben muss man ja, dass aus dem blossen Wortlaut des Gesetzes auch eine weitergehende Auffassung sich rechtfertigen lässt, gleichwohl verdient aber die andere Ansicht den Vorzug. Einmal sprechen die Motive S. 63 in der Vorbemerkung zu den § 17 (15) ff. wörtlich von den „zweiseitigen (gegenseitigen) Verträgen" und sodann weisen auch die Ausführungen zu dem § 17 (15) selbst[2]) daraufhin, dass der Gesetzgeber eben nur die ‚gegenseitigen Verträge' im Auge hatte. Allerdings sind die Motive nicht Gesetz, doch wenn sie in zweifelhaften Fällen Aufschluss geben über den eigentlichen Willen des Gesetzgebers, so muss man sie gewissermassen als authentische Interpretation auch gelten lassen. Für die Abhandlung ist es ohne Einfluss, welcher Ansicht man den Vorzug gibt, denn hier soll nur von gegenseitigen Verträgen gehandelt werden, § 17 ist also auf alle Fälle anwendbar.

Erwähnt sei nun hier noch eine Ansicht, die jedenfalls im Anschluss an die Motive zur K. O. S. 67 verschiedentlich[3]) vertreten wird, dass die Nichterfüllung der gegenseitigen Verträge die unmittelbare Folge des Konkurses sei.

---

[1]) Vergl. die Ausführungen bei Jaeger § 17 Anm. 1 f. — Kleinfeller § 17 Z. 3. — Wolff § 17 Z. 2. — Wilmowski § 17 Anm. 3, a. M. Sarwey-Bossert § 17 Anm. 1.

[2]) Vergl. Motive S. 65.

[3]) O. L. G. Dresden, Annalen Bd. 17 S. 416. — Eck, Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht B. 38 S. 394. — Dagegen Fitting 3. Aufl. § 6 S. 49 ff.

Das Recht des Konkursverwalters, Erfüllung verlangen zu können, ist danach als das Anormale anzusehen, und wenn der Verwalter von seinem Rechte, Erfüllung fordern zu können, keinen Gebrauch macht, so bleibt es bei der Nichterfüllung. Der Einfluss, der dadurch der Konkurseröffnung zugesprochen wird, ist ein zu weitgehender. Es ist ja richtig, dass, falls der Konkursverwalter die Erfüllung ablehnt, der Vertrag meist überhaupt nicht mehr realisiert werden wird. Das hat aber mit der Konkurseröffnung an und für sich nichts zu tun. Durch diese wird nur eine Unterbrechung im Geschäftsgange des Gemeinschuldners herbeigeführt. Das bedeutet für die gegenseitigen Verträge das Eintreten eines Schwebezustandes, der sich in gewisser Hinsicht mit dem der hinkenden Rechtsgeschäfte vergleichen lässt,[1]) wenn auch die Wirkungen bei Ablehnung der Erfüllung ganz verschiedene sind. Bleibt bei den hinkenden Rechtsgeschäften die Erfüllung aus, so fällt damit das ganze Geschäft in sich zusammen. Ganz anders wirkt die Ablehnung der Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages durch den Konkursverwalter. Durch dessen Ablehnungserklärung wird einfach festgestellt, dass das fragliche Rechtsgeschäft nicht für die Konkursmasse, d. h. die Istmasse in Anspruch genommen werden soll. Selbstverständlich ist das schliesslich eine Folge der Konkurseröffnung, insofern ohne dieselbe nicht dem Gemeinschuldner die Dispositionsbefugnis über sein Vermögen entzogen und einem Konkursverwalter übertragen sein würde, dem dann das Recht zustand, die Erfüllung des Vertrages zu verweigern, was vor der Konkurseröffnung der Gemeinschuldner nicht konnte. Deshalb darf man aber die Nichterfüllung noch keineswegs als die natürliche Folge der Konkurseröffnung betrachten.[2])

Ein Wahlrecht gibt § 17 K. O. nur dem Konkursverwalter, nicht auch dem Mitkontrahenten des Gemeinschuldners. Der Mitkontrahent kann nach § 17 Absatz 2 den Konkursverwalter nur zu einer Erklärung veranlassen, ob er Erfüllung wünsche oder ablehne, dagegen ist es ihm versagt selbst die Erfüllung zu erzwingen. Dieser Grundsatz ist im Gesetz nicht besonders ausgesprochen, ergibt sich aber von selbst, wenn man davon ausgeht,

[1]) Förster-Eccius I S. 804.

[2]) Oetker, Ztschr. f. deutsch. C. P. Bd. 14, S. 33.

dass es Sache des Konkursverwalters ist, den Umfang der Masse festzustellen. Darum lässt sich auch die Ansicht, welche Fitting[1]) früher vertrat, nicht rechtfertigen, dass bei Ablehnung der Erfüllung durch den Verwalter der Vertragsgegner seinerseits ein Wahlrecht habe, zu erfüllen und seine Gegenforderung als Konkursgläubiger geltend zu machen oder sich für die Aufhebung des Vertrages zu entscheiden. Sobald der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages abgelehnt hat, kann der andere Vertragsteil, selbst wenn er sich mit der gewöhnlichen Konkursrate begnügen wollte, dem Verwalter gegenüber nicht mehr auf Erfüllung bestehen.

III. Wirkungen der ablehnenden Erklärung des Konkursverwalters im besonderen.

1. Der Vertrag bleibt in seinem rechtlichen Bestande unberührt.

Der Konkursverwalter ist durch § 17 K. O. nur berechtigt, einen noch von keiner Seite vollkommen erfüllten gegenseitigen Vertrag zur Konkursmasse zu ziehen, nicht aber verpflichtet. Was wird nun aus dem Vertrage, nachdem der Konkursverwalter berechtigterweise die Erfüllung desselben abgelehnt hat? Die Beantwortung der Frage ist streitig. Einen Fingerzeig bietet § 26 K. O., wo es heisst: „Wenn infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit oder die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses des Gemeinschuldners eintritt, so ist der andere Teil nicht berechtigt, die Rückgabe seiner in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangenen Leistung aus der Konkursmasse zu verlangen. Er kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht.“ Die beiden Sätze des Paragraphen bezeichnen zwei verschiedene Teile mit ganz verschiedener Bedeutung. Der erste Satz schliesst eine Rückforderung des Geleisteten aus, während der zweite Satz den

[1]) Fitting, 2. Aufl. § 6 Anm. 8. In der neuesten 3. Aufl. hat er diese Ansicht scheinbar fallen gelassen.

Vertragsgegner des Gemeinschuldners mit etwaigen Schadensersatzansprüchen wegen der Nichterfüllung oder Aufhebung unter die gewöhnlichen Konkursgläubiger verweist. Als Ganzes betrachtet beweist § 26 zunächst, und auch in der Literatur wird nirgends eine gegenteilige Ansicht vertreten, dass durch die Erklärung des Konkursverwalters der Vertrag nicht aufgehoben wird. Für eine solche Annahme fehlt in dem bürgerlichen Recht jeder Anhalt und auch die K. O. hütet sich wohl, jener Erklärung eine derartige Tragweite beizulegen. Die Folgen würden ganz unberechtigte sein. Es müsste in solchem Falle alles, was auf Grund des Vertrages geleistet ist, herausgegeben werden. Doch nicht nur das, sondern auch etwaige für die Erfüllung des Vertrages bestellte Sicherheiten müssten freigegeben werden. Das hiesse aber gerade den Zweck solcher Sicherheiten illusorisch machen. Von einem zahlungsfähigen Schuldner braucht man sich keinen Bürgen stellen zu lassen, das tut man in der Regel nur, wenn man seiner Solvenz nicht recht traut. Gerade dagegen, dass der Schuldner in Konkurs fallen und damit die Erfüllung der Verbindlichkeit in Frage gestellt werden könnte, hat man sich wappnen wollen, und nun sollte dem Konkursverwalter ein Recht gegeben werden, den ganzen Vertrag einfach aus dem Wege zu räumen! Dass dies nicht der Fall ist, geht, abgesehen von dem Ausschluss der Rückforderung des Geleisteten, daraus hervor, dass der Vertragsgegner des Gemeinschuldners unter Umständen eine Schadensersatzforderung geltend machen kann. Diese Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung wäre nicht denkbar bei aufgehobenem Vertrage, sie bedeutet vielmehr Realisierung des Vertrages, nur dass an Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung eine Entschädigung in Geld tritt.[1])

Wenn nun der Vertrag auch nicht aufgehoben wird, so liegt doch die Möglichkeit vor, ihn als umgewandelt zu betrachten. Die Ablehnungserklärung des Konkursverwalters bewirkt dann, dass der Vertrag wohl noch besteht, aber nicht mehr in seiner ursprünglichen Form, sondern nur noch als Anspruch der Gegenpartei auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Diese Umwandlung bleibt, wenn sie einmal erfolgt ist, für alle Zeiten

[1]) R. G. Bd. 10 S. 180.

bestehen. Ein späteres Zurückgreifen auf den alten Vertrag ist ausgeschlossen. Diese Ansicht vertritt in der Literatur Jaeger unter Berufung auf die Motive und das Reichsgericht, auch Brachmann scheint ihr teilweise anzuhangen.[1])

Diese Ansicht ist aber nicht die richtige. Jaeger erklärt, die Änderung im Inhalt des Vertrages sei eine dem Konkursrecht eigentümliche Folge der Ablehnungserklärung des Verwalters. Wenn man der Erklärung des Konkursverwalters eine derartige Bedeutung beilegen will, so kann man es doch nur auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung oder aus anderen unbedingt zwingenden Gründen. Eine derartige Gesetzesbestimmung fehlt aber absolut. Auch auf die Motive kann man sich nicht berufen, wenn man vorher dem Satz, dass die Nichterfüllung der gegenseitigen Verträge die unmittelbare Folge der Konkurseröffnung sei, widersprochen hat. Von ihrem Standpunkte aus müssen die Motive natürlich dazukommen, den Vertragsgegner des Gemeinschuldners, damit er aus dem Vertrage überhaupt noch Kapital schlagen kann, auf eine Schadensersatzforderung zu verweisen, den Vertrag also umzuwandeln. Die Ansicht Jaegers fusst aber wohl hauptsächlich darauf, dass er den Konkursverwalter seine Erklärung abgeben lässt als Vertreter des Gemeinschuldners. Es lässt sich nicht leugnen, dass man auf Grund dieser Annahme sehr wohl berechtigt, vielleicht sogar, um konsequent zu sein, genötigt ist zu den von Jaeger gezogenen Schlüssen. Auf die rechtliche Stellung des Konkursverwalters soll später (S. 31) noch eingegangen werden. Hier sei nur darauf hingewiesen, dass keiner der Vertretungstheorien gefolgt wird. Damit entfällt aber auch der Hauptgrund für eine Umwandlung des Vertrages durch die Erfüllungsablehnung des Verwalters.

Diese Erklärung bedeutet, wie bereits früher erwähnt, weiter nichts als das Ausscheiden eines Vermögensstückes aus der Istmasse. Wenn der Konkursverwalter sich für die Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages entschieden hat, so ändert er damit an dessen Inhalt zunächst garnichts. Diese Annahme widerspricht nicht nur nicht dem Gesetz, sondern sie empfiehlt sich

---

[1]) Jaeger § 17, Anm. 43 ff., Motive S. 86 ff. u. S. 93. R. G. Bd. 22 S. 111. Brachmann S. 35.

vor allem aus demselben Grunde, der eine Aufhebung des Vertrages nicht zuliess, der Haftung der Sicherheiten. Bürgen und Pfänder haften nur für den jeweiligen Bestand der Forderung (§§ 767 I, 1210 I B. G. B.). Tritt hier also eine Umwandlung des Vertrages ein derart, dass er nur noch als eine dem Mitkontrahenten des Gemeinschuldners zustehende Schadensersatzforderung besteht, so haften natürlich auch Sicherheiten nur noch für diese. Das ist ganz unzweifelhaft, widerspricht aber dem Zweck solcher Sicherheiten. Gerade für die „Erfüllung" des Vertrages sind sie bestellt worden. Man könnte vielleicht sagen, dass es schliesslich doch auf dasselbe hinausläuft, ob einem Erfüllung gewährt wird oder der durch ihr Ausbleiben verursachte Schaden. Dem ist aber keineswegs so. Die für die Erfüllung zu gewährende Gegenleistung ist meist klipp und klar ausgedrückt. Eine Forderung auf Schadensersatz müsste dagegen erst berechnet werden und man wird kaum leugnen können, dass es oft schwer ist, einen Schaden zu berechnen und oft noch schwerer, ihn nachzuweisen. Gerade derartige Schadensersatzforderungen geben leicht zu unerquicklichen und in ihrem Ausgange unsicheren Prozessen Anlass. Und es liegt kein Grund vor, den Vertragsgegner des Gemeinschuldners, der seinen Anspruch völlig gesichert glaubte, auf einen so unsicheren Weg zu drängen. Wollte man das zugeben, dann würde die Bestellung von Bürgen und Pfändern für eine grosse Zahl der Fälle, wo sie gerade ihre Kraft bewähren soll, hinfällig.

Allerdings lässt sich hiergegen folgendes geltend machen: der Bürge, welcher in Anspruch genommen wird, könnte so gut wie der Gemeinschuldner selbst die Einrede des nichterfüllten Vertrages vorschützen. Fordert also der Vertragsgegner des Kridars vom Bürgen Erfüllung, so muss auch er seinerseits leisten. Da aber der Konkursverwalter die Erfüllung abgelehnt hat, kann die andere Partei nur an den Gemeinschuldner persönlich leisten. Meldet der Bürge nun seine Rückgriffsforderung als Konkursgläubiger an, so fordert er eine Leistung, für die die Gegenleistung gar nicht in die Masse gekommen ist.[1]) Das sind aber alles nur Eventualitäten, die der Konkursverwalter bei

[1]) So Jaeger § 17 Anm. 48.

seiner Entscheidung, ob er erfüllen will oder nicht, zu berücksichtigen hat, weiter nichts. Das dem Konkursverwalter durch § 17 K. O. gewährte Wahlrecht gibt ihm eine günstige Position, fordert aber auch eine grosse Geschäftskenntnis und kaufmännisches Geschick.

Mit der Konkurseröffnung verliert der Bürge die Einrede der Vorausklage (§ 773, Z. 3 B. G. B.). Es steht also dem Vertragsgegner nichts im Wege, ohne die Entscheidung des Konkursverwalters abzuwarten, sofort den Bürgen wegen der Erfüllung in Anspruch zu nehmen. Es ist nun nicht einzusehen, warum derjenige, der die Entscheidung des Konkursverwalters abwartet, schlechter gestellt sein soll als der, welcher einfach über den Kopf des Verwalters hinweg selbst Erfüllung wählt.[1]) Auch in diesem Falle ist es doch noch zweifelhaft, ob die Leistung des Mitkontrahenten zur Masse gezogen wird. Dass ausserdem der Gesetzgeber selbst die Haftung der Sicherheiten soweit wie nur irgend möglich von dem Einfluss des Konkursverfahrens hat zurückhalten wollen, zeigt wohl § 193 K. O., wo ausdrücklich bestimmt ist, dass trotz der Herabsetzung der Hauptforderung durch einen Zwangsvergleich die Sicherheiten für den ursprünglichen Betrag weiterhaften.

2. Wahlrecht des Vertragsgegners zwischen Teilnahme und Nichtteilnahme am Konkurse.

a) Der Vertragsgegner nimmt am Konkurse teil.

Trotz der Erfüllungsablehnung seitens des Konkursverwalters bleibt der Vertrag also in seinem rechtlichen Bestande unberührt. Es stellt aber schon die Eröffnung des Konkurses, wie jeden Gläubiger des Gemeinschuldners so auch den aus einem gegenseitigen Vertrage Berechtigten vor die Wahl, ob er am Konkursverfahren teilnehmen oder ob er ausserhalb desselben Befriedigung seiner Forderung suchen will. Während nun die anderen von Anfang an frei darüber entscheiden können, welchen Weg sie einzuschlagen gedenken, ist bei einem unter die Vorschriften des § 17 fallenden Vertrage der Gläubiger eine zeitlang von der

[1]) Hinsichtlich der Haftung der Bürgen im Resultat ebenso O. L. G. Jena in S.-A. Bd. 47 S. 125.

Entschliessung des Konkursverwalters abhängig. Erst in dem Augenblicke, wo der Konkursverwalter, sei es ausdrücklich, sei es durch konkludentes Stillschweigen zu erkennen gibt, dass er die Erfüllung des Vertrages ablehne, kann der Vertragsgegner des Gemeinschuldners von seinem Wahlrecht ungehindert Gebrauch machen.

Entscheidet sich der Vertragsgegner für Teilnahme am Konkurse, so sagt § 26 Satz 2 K. O.: „Er kann eine Forderung wegen der Nichterfüllung oder der Aufhebung nur als Konkursgläubiger geltend machen, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht.“ Über die Bedeutung des § 26 K. O., insbesondere über die des 2. Satzes, herrscht in der Literatur Streit. Nach der einen Ansicht will dieser Satz 2 sagen, dass der Mitkontrahent, soweit ihm das bürgerliche Recht eine Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewährt, diese nur als gewöhnlicher Konkursgläubiger geltend machen kann, während andere eine Schadensersatzforderung durch § 26 Satz 2 überhaupt erst entstehen lassen wollen. Der Ausdruck des Gesetzes ist jedenfalls nicht klar und auch auf Grund der Motive lässt sich eine bestimmte Ansicht nicht vertreten. Man kann deshalb nicht zustimmen, wenn versucht wird,[1]) aus dem Wortlaut: „er kann ‚eine‘ Forderung . . . geltend machen,“ zu schliessen, dass das Gesetz damit wegen Begründung dieser Forderung auf das allgemeine bürgerliche Recht habe verweisen wollen.

Als Grundlage für den Ersatzanspruch kann im bürgerlichen Recht nur in Betracht kommen Unmöglichkeit der Leistung. Verzug, an den man vielleicht zunächst denken könnte, fällt weg, weil es einfach unmöglich ist, den Konkursverwalter, der die Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages, gestützt auf § 17 K. O., ablehnt, in Verzug zu setzen. Der Konkursverwalter macht, wenn er die weitere Erfüllung des Vertrages verweigert, doch von einem ihm gesetzlich zustehenden Rechte Gebrauch, so dass die Konstruktion eines Verzugs schon um deswillen ausgeschlossen erscheint. Doch man nehme einmal an, dass durch Ablehnung der weiteren Erfüllung der Gemeinschuldner oder der Konkurs-

[1]) Sarwey-Bossert S. 129.

verwalter in Verzug geraten wäre, so müsste, um auf Grund des B. G. B. eine Schadensersatzforderung geltend machen zu können, der Vertragsgegner dem Gemeinschuldner resp. dem Konkursverwalter gem. § 326 Abs. 1 *cit. leg.* zunächst noch eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, dass er die Annahme der Leistung nach fruchtlosem Ablaufe der Frist ablehne. Diese Bestimmung lässt sich nicht umgehen, da in den meisten Fällen die Voraussetzungen des § 326 Abs. 2 nicht vorliegen werden. Eine solche Fristsetzung wäre aber vollständig sinnlos.[1]) Diese Nachfrist hat doch nur einen Zweck, wenn jemand an und für sich noch verpflichtet ist zu erfüllen und sich zu unrecht weigert es zu tun. Das trifft aber beim Konkursverwalter nicht zu. Im Gegenteil, der Konkursverwalter ist, nachdem er einmal die Erfüllung des Vertrages abgelehnt hat, garnicht mehr berechtigt, zu leisten. Es bleibt also nur noch Unmöglichkeit der Leistung; aber auch hier ist die Operationsbasis eine sehr beschränkte. Zunächst verdient eine Stelle in den Motiven S. 87 Beachtung, wo es sich darum handelt, dass eine Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen sein soll und wo es heisst: „Eine Rückforderung des Gegebenen würde, sobald dieses in das Eigentum des Empfängers übergegangen ist, sich nur dann rechtfertigen lassen, wenn der Vertrag als nichtgeschlossen oder als aufgehoben zu erachten sein würde. Ein Grund zu solcher Aufhebung ist nirgends zu finden; — nicht in einer Veränderung der Umstände, schon zu § 15 (17) ist dies verneint; — nicht in einem Verzuge, durch die Eröffnung des Konkurses wird ein Verzug in der Erfüllung der Verträge nicht bedingt; — nicht in einer Unmöglichkeit der Erfüllung oder der Erfüllungsart. Eine tatsächliche Unmöglichkeit der Erfüllung liegt gewiss nicht vor; der Verwalter könnte aus der Masse leisten, das *genus* oder die *species* oder an deren Stelle ein Äquivalent; könnte er es nicht, d. h. wäre die Leistung nicht fungibel, so fiele überhaupt der Vertrag nicht in den Kreis des § 15 (17). Auch eine rechtliche Unmöglichkeit der Erfüllung ist nicht anzunehmen; kein Gesetz erklärt den Vertrag für unzulässig oder verbietet dessen Erfüllung . . . ", diese Stelle der Motive bezieht sich ja allerdings auf den Satz 1

[1]) Ebenso Kleinfeller § 26 Anm. 6.

des § 26 K. O. Aber man sollte meinen, wenn der Gesetzgeber sich hier gegen eine Aufhebung des Vertrages ausspricht, weil weder Verzug, noch tatsächliche, noch rechtliche Unmöglichkeit vorliegt, so kann man sich auf diese Rechtsinstitute auch nicht zur Begründung einer Schadensersatzforderung berufen. Man könnte einwerfen, dass die Motive doch die Verhältnisse vor Inkrafttreten des B. G. B. zu Grunde legen. Aber auch nach dem 1. Januar 1900 ist eine hier eingreifende Veränderung nicht eingetreten. Dass auch nach B. G. B. Verzug nicht vorliegen kann, ist schon gesagt. Gegen die Annahme, dass Unmöglichkeit der Leistung den Grund der Schadensersatzforderung bildet, spricht ausser den auch heute noch geltenden Gründen der Motive, dass die Unmöglichkeit der Leistung, um eine Schadensersatzforderung entstehen zu lassen, entspringen muss aus einem vom Gemeinschuldner zu vertretenden Umstande. Dem hat man auch Rechnung getragen und diesen Umstand erblicken wollen in der Konkurseröffnung, als deren schliessliche Folgeerscheinung doch die Nichterfüllung des Vertrages anzusehen sei.[1])

Mit Recht hat man hiergegen vorgebracht, dass der Gemeinschuldner häufig auch ohne sein Verschulden in Konkurs geraten kann, so dass die Konkurseröffnung kein von ihm zu vertretender Umstand, eine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung also auch nicht begründet sein würde. Es ist deshalb von einigen Schriftstellern[2]) der Versuch gemacht, den Schadensanspruch des Vertragsgegners des Gemeinschuldners abzuleiten aus den §§ 275, 279, 280 B. G. B. Am ausführlichsten verbreitet sich hierüber Wilmowski. Den Mittelpunkt dieser Deduktion bildet die Auslegung des § 279 B. G. B.[3]). Wilmowski sagt, nach § 280 B. G. B. sei der Schadensersatz wegen Nichterfüllung allerdings immer davon abhängig, dass die Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden sei, und zu vertreten habe der Schuldner nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, sofern nicht der geschuldete Gegenstand nur der

[1]) Mandry-Geib S. 453 Anm. 6, Sarwey-Bossert S. 129, der allein von einer nachträglich eintretenden „rechtlichen" Unmöglichkeit spricht.

[2]) Kleinfelder S. 117, — Wilmowski S. 125.

[3]) Siehe hierzu Titze S. 91 f. — Kisch S. 108 ff., — Planck § 279 Anm. 2, — Staudinger § 279 Anm. 2.

Gattung nach bestimmt und die Leistung aus der Gattung möglich sei (§ 279 a. a. O.). Diese Ausnahme sei aber dahin zu verstehen, dass der Schuldner sich mit dem Mangel an Geldmitteln niemals entschuldigen könne. Der Mangel an Geldmitteln sei Ursache und Veranlassung jedes Konkurses. Die Nichterfüllung, die infolge des Konkurses eintrete, sei demnach in jedem Fall zu vertreten, der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung folglich stets begründet.

Selbst wenn man mit den in Anmerkung 3 Genannten einer derartig weitgehenden Auslegung des § 279 B. G. B., die keineswegs allgemeine Anerkennung gefunden hat,[1]) das Wort reden wollte, so wäre doch, um für alle Fälle eine Schadensersatzforderung zu begründen, der eben gezeigte Weg nicht gangbar. Der Vertragsgegner des Gemeinschuldners soll unter allen Umständen einen Anspruch auf Schadensersatz haben, wenn der Konkursverwalter sich für die Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages auf Grund von § 17 K. O. entscheidet. Soviel lässt sich aus den Motiven doch entnehmen. Wenn nun jemand in Konkurs fällt, so ist er allerdings ausserstande, alle seine Verbindlichkeiten auf einmal zu erfüllen. Konsequenterweise müssten dann die §§ 279 und 280 B. G. B. ganz allgemein für alle Konkursgläubiger Anwendung finden. Sie werden sämtlich aus Mangel an Geldmitteln nicht voll befriedigt. Und die §§ 279, 280 *cit. leg.* enthalten nicht nur Spezialvorschriften für gegenseitige Verträge, sondern finden auf alle Schuldverhältnisse Anwendung. Es würde also jedem Konkursgläubiger das Recht zustehen, in Höhe seines Ausfalls eine Forderung wegen Nichterfüllung anzumelden. Schon um dieser Folgerung willen, die offenbar mit der K. O. in Widerspruch steht, sich aber nicht zurückweisen lässt, müsste man die Anwendung jener Paragraphen von der Hand weisen. Ausserdem wird aber in vielen Fällen überhaupt kein Unvermögen des Gemeinschuldners vorliegen, nämlich dann nicht, wenn eine zur Erfüllung des gegenseitigen Vertrages hinreichende Konkursmasse vorhanden ist. Sobald der

[1]) Vergleiche Schollmeyer B. G. B. Anm. 2b vor § 275. Subjektive Unmöglichkeit liege niemals vor, wenn es dem Schuldner an den nötigen Vermögensmitteln fehle, um seine Schuld zu erfüllen. Hier handle es sich nur um Schwierigkeiten in der Erfüllung. Ebenso Dernburg, Bürgerl. R. Bd. II, 1, § 60, III, 3.

Konkursverwalter sich für die Erfüllung des Vertrages entscheidet, wird dem anderen Vertragsteil ja die volle Gegenleistung gewährt. Lehnt also der Konkursverwalter die Erfüllung ab, so bleibt sie aus, weil das Wollen nicht vorhanden ist, nicht weil es am Können fehlt. Endlich muss man auch in Betracht ziehen, dass der Gemeinschuldner konkursfreies Vermögen besitzen oder erwerben kann, so dass er vielleicht sehr wohl wieder im Stande wäre, einem an ihn persönlich gerichteten Erfüllungsverlangen nachzukommen. In solchen Fällen würde dann, wenn der Gemeinschuldner unverschuldet in Konkurs geraten ist, ein Schadensersatzanspruch ausgeschlossen sein. Mit dem Gedanken, dass das wohl in der Regel nicht alles zusammentreffen wird, kommt man doch über diese Tatsache nicht hinweg.

Es ist schon vorher gezeigt, dass das dem Konkursverwalter in § 17 K. O. eingeräumte Wahlrecht eine dem Konkursrecht eigentümliche Erscheinung und dass es notwendig ist, um einen *modus vivendi* für die zur Zeit der Konkurseröffnung noch von keiner Seite vollkommen erfüllten gegenseitigen Verträge zu schaffen. Ebenso ist nach den eben gemachten Ausführungen § 26 Satz 2 K. O. notwendig, um zu verhüten, dass die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters für den Vertragsgegner des Gemeinschuldners völlige Rechtlosigkeit im Konkurse zur Folge habe. Die Schadensersatzforderung des anderen Vertragsteiles wird also im § 26 K. O. erst konstruiert.[1])

Natürlich bekommt jetzt der Paragraph ein ganz anderes Aussehen. Es lässt sich nicht umgehen, die beiden Sätze des Paragraphen vollkommen von einander zu trennen und festzustellen, dass ‚Nichterfüllung' im Satz 1 eine andere, und zwar weitere Bedeutung hat, als im Satz 2.[2]) Während in Satz 1 ganz allgemein „das Ausbleiben der Gegenleistung in der vertragsmässig bedungenen Weise verstanden ist", bezieht sich Satz 2 nur auf die Fälle, in denen auf Grund der §§ 17 ff. K. O. die ‚Nichterfüllung im technischen Sinne', wie Oetker sagt, eintritt. Diese Unterscheidung ist notwendig, um nicht auch zu der Kon-

---

[1]) Ebenso Oetker: Z. f. d. C. P. Bd. 14 S. 49. — Jaeger §§ 26 Anm. 20, 21. — Wolff S. 121. — Brachmann S. 36.

[2]) Vergl. Oetker S. 48 und Jaeger a. a. O.

sequenz getrieben zu sein, jedem Konkursgläubiger einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu gewähren.[1])[2])

Nachdem der Mitkontrahent des Gemeinschuldners sich zur Teilnahme am Konkurse entschlossen hat, ist die ihm durch § 26 Satz 2 K. O. verliehene Schadensersatzforderung das einzige Recht, das er nun noch aus dem Vertrage herleiten kann. Erst jetzt ist der Vertrag tatsächlich umgewandelt, nicht schon vorher durch die Ablehnung der Erfüllung seitens des Konkursverwalters. Natürlich haften etwaige Sicherheiten jetzt nur noch für diese Schadensersatzforderungen. Der Erklärung des Konkursverwalters eine derartige Tragweite beizulegen war vorher (S. 10) zurückgewiesen, weil weder das Gesetz noch sonstige zwingende Gründe dies rechtfertigten. Jetzt dagegen giebt es einfach keinen andern Weg mehr. In anderer Form kann der Vertrag im Konkurse überhaupt nicht geltend gemacht werden. Und wenn der Konkursverwalter durch seine Erfüllungsablehnung den Vertrag noch nicht umgewandelt hatte, so bleibt eben niemand mehr übrig als der Vertragsgegner selbst. Das Recht zur Umwandlung des Vertrages ist aber mit der Teilnahme am Konkurse unzertrennlich verbunden. Nur in diesem Falle hat der Mitkontrahent das Recht und die Pflicht, sein Interesse an dem gegenseitigen Vertrage zu einer Schadensersatzforderung zu verdichten. Darüber kann sich der Vertragsgegner nicht beklagen, denn *volenti non fit injuria*. Auch bleibt die einmal erfolgte Umwandlung des Vertrages selbst nach Beendigung des Konkurses bestehen. Das ist im Gesetz zwar nicht besonders ausgedrückt, muss aber als feststehend gelten, da auch die andere Vertragspartei unmöglich berechtigt sein kann, nach Belieben zwischen Erfüllung und Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu schwanken. Durch die Entscheidung des Mitkontrahenten, am Konkurse teilnehmen zu wollen, tritt eine Umwandlung des Vertrages derart ein, dass der ursprünglich gegenseitige Vertrag nur noch als einseitige Forderung auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung bestehen bleibt. Das ist notwendig, um nicht mit der K. O. in Widerspruch

[1]) v. Völderndorff § 21, Anm. f kommt allerdings zu dieser entschieden unrichtigen Annahme.

[2]) Dagegen dass diese zwiespältige Auffassung Oetkers von Sarwey-Bossert S. 131 als misslich verworfen wird, wendet sich mit Recht Jaeger, § 26 Anm. 17.

zu kommen; denn wollte man annehmen, dass sich nur der Erfüllungsanspruch des Vertragsgegners des Gemeinschuldners in eine Schadensersatzforderung verwandelt, so müsste man nach der herrschenden Lehre[1]) auf Grund des § 325 Abs. 1 Satz 1 B. G. B. dem Mitkontrahenten, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert, die Verpflichtung auferlegen, seinerseits zu leisten. Das würde natürlich gegen den Sinn des § 17 K. O. verstossen. Auch diese Tatsache spricht übrigens mit dafür, dass die im § 26 K. O. erwähnte Forderung nicht auf das allgemeine bürgerliche Recht sich gründen lässt, sondern dass sie erst für das Konkursverfahren geschaffen ist.

Mit seiner Entschädigungsforderung muss der Vertragsgegner des Gemeinschuldners, soweit ihm nicht ein Anspruch auf abgesonderte Befriedigung zusteht, sich unter die gewöhnlichen Konkursgläubiger stellen. Das ist nicht etwa selbstverständlich, sondern musste im § 26 K. O. besonders bestimmt werden, um dem Recht des Konkursverwalters, die Erfüllung des Vertrages ablehnen zu können, erst seine volle Wirkung zu verleihen. Ohne diese besondere Bestimmung wäre die Forderung des Mitkontrahenten wegen Nichterfüllung, da sie aus einer Handlung des Konkursverwalters resultiert, nach § 59 Z 1 K. O. Masseschuld.[2])

Eine Schadensersatzforderung wegen der Nichterfüllung hat der andere Teil natürlich nur, wenn er tatsächlich einen Schaden erlitten hat. Ob das der Fall ist, entscheidet allein das bürgerliche Recht. Der Nachweis des Schadens liegt demjenigen ob, der ihn fordert. Da es sich um Geltendmachung einer Forderung im Konkurse handelt, so kann der Vertragsgegner des Gemeinschuldners gemäss § 69 K. O. nur eine Geldforderung anmelden, und es ist daher § 249 B. G. B., wonach in erster Linie Wiederherstellung des Zustandes verlangt werden kann, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, nicht anwendbar.

Im übrigen hat der Gegner des Gemeinschuldners nur auf Ersatz des *in concreto* erlittenen Schadens Anspruch, es findet

---

[1]) Planck § 325 Anm. 1a. — Staudinger Anm. 1a. — Oertmann Anm. 1a. — Endemann S. 706, Anm. 37 und Dernburg bürgerl. Recht II 1 S. 132.

[2]) Jaeger § 26, Anm. 19, — Oetker Z. f. d. C. P. Bd. 14 S. 18.

nicht, wie z. B. im § 18 K. O., eine schablonenmässige Berechnung statt. Der Mitkontrahent des Gemeinschuldners kann alle Mehraufwendungen und alle Verluste, die für ihn die Folge der Erfüllungsablehnung seitens des Konkursverwalters waren, in Anrechnung bringen, er muss sich aber auch dasjenige abziehen lassen, was er infolge dieser Nichterfüllung erspart hat. Vor allem mindern die vom Gemeinschuldner gemachten Teilleistungen den Betrag des zu ersetzenden Schadens.[1]) Denn es ist wohl selbstverständlich, dass der andere Teil nicht Schadensersatz fordern und obendrein das vom Gemeinschuldner Empfangene behalten kann. Streitig könnte nur sein, ob er seinerseits voll zur Masse leisten und mit seiner Gegenforderung sich mit der gewöhnlichen Konkursrate begnügen muss, oder ob er berechtigt ist, aufzurechnen. In Theorie und Praxis neigt man allgemein dahin, dem Gegenkontrahenten die Aufrechnung zu gestatten. Nur in einer Entscheidung des Reichsgerichts[2]) findet sich eine andere Auffassung. Das Reichsgericht führt dort aus, dass einer Aufrechnung § 55 Ziff. 1 K. O. entgegenstehe; der Mitkontrahent habe nach der Konkurseröffnung eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben und sei ebenfalls erst nach der Konkurseröffnung zur Masse etwas schuldig geworden. Dagegen ist zu erwidern, dass der andere Teil bereits vor der Eröffnung des Verfahrens, durch Annahme der Teilleistung Schuldner des Kridars geworden war und nicht erst nach der Eröffnung des Konkurses Schuldner der Masse. Es dürfte also auch in dieser Hinsicht der Zulässigkeit der Aufrechnung kaum etwas im Wege stehen. Wenn sich nun der Vertragsgegner auf diese Weise vollkommen schadlos halten kann, so ist unzweifelhaft, dass dann der Vertrag endgültig erledigt ist, denn diese Schadensforderung war sein letztes Lebenszeichen. Hatte daher der Vertragsgegner vom Gemeinschuldner mehr empfangen als sein Schaden beträgt, so fehlt jetzt entschieden jeder rechtliche Grund, dem Mitkontrahenten diesen Vorempfang zu lassen. Dieses Ergebnis steht mit dem § 26 K. O., wenn er auf den Fall, dass nicht der Gegenkontrahent, sondern der Gemeinschuldner derjenige ist, welcher bereits teilweise erfüllt hatte, überhaupt Anwendung findet,

[1]) Jaeger § 17, Anm. 46.

[2]) R. G., Bd. 46 S. 98ff., dagegen O. L. G. Hamburg, S. A. Bd. 61 S. 85.

keineswegs im Widerspruch. Denn hier wird die Rückforderung des Geleisteten ja nur verweigert, weil der Vertrag durch die Erklärung des Konkursverwalters nicht aufgehoben war, jetzt dagegen ist er es doch. Deshalb ist auch die von Brachmann[1]) vorgetragene Ansicht nicht richtig, dass die Schadensersatzforderung lediglich unter Zugrundelegung des noch unerfüllt gebliebenen Teiles der Forderung des Mitkontrahenten zu bemessen sei, weil man sonst den Mitkontrahenten zur Rückgabe des Empfangenen nötigen und demzufolge mit den Grundsätzen der K. O. in Konflikt geraten würde. Ein derartiger Konflikt tritt eben nicht ein.

Zur Erläuterung noch einige Beispiele, die Jaeger § 17 Anm. 46 anführt. Der Gemeinschuldner hat eine Ware um 500 gekauft und 100 angezahlt. Als der Konkurs eröffnet wird, ist ihm die Ware noch nicht übergeben, der Konkursverwalter lehnt die weitere Erfüllung ab. Kann der Vertragsgegner nun die Ware anderweitig für 600 verkaufen, so hat er natürlich keinen Schaden erlitten und muss jetzt die 100 zur Masse voll zurückzahlen. Ist der Erlös nur 450, so entsteht zunächst ein Schaden von 50, zu dessen Tilgung in erster Linie die vom Gemeinschuldner angezahlten 100 verwendet werden können. Die übersteigenden 50 müssen auch hier an die Masse abgeführt werden.[2]) Wohlverstanden kann hier eine Rückzahlung des vom Gemeinschuldner Geleisteten nur verlangt werden, weil angenommen ist, der Mitkontrahent habe am Konkurse teilnehmen wollen. Man darf nun nicht übersehen, dass Fälle, wie die angeführten, nur in der Theorie vorkommen, während man ihnen in der Praxis kaum begegnen wird. Es wäre ja direkt frevelhaft, wenn der Konkursverwalter für den Gemeinschuldner so günstige Verträge nicht erfüllen wollte. Hat der Konkursverwalter sich gleichwohl für Nichterfüllung entschieden, so wird der Vertragsgegner kaum Veranlassung haben, auch nur den Versuch einer Teilnahme am Konkurse zu machen. Was sollte er auch für einen Schaden anmelden? Wie es dann mit der Rückforderung der vom Gemeinschuldner gemachten Teilleistung steht, davon soll später die Rede sein.

[1]) Brachmann S. 40 und im Anschluss an ihn Hellenbroich S. 23.

[2]) a. M. O. L. G. Dresden, S. A. Bd. 42 Nr. 176 und Rechtspr. Bd. 4 S. 170.

Hier soll nur noch die Frage erörtert werden, ob der Mitkontrahent, wenn der Gemeinschuldner für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages eine Konventionalstrafe versprochen hatte, jetzt einfach diese als Forderung anmelden kann. Oetker[1]) verneint dies, in dem er sagt, die Verabredung der Parteien erstrecke sich nicht auf die Eventualität, dass der Konkursverwalter die Einbeziehung der Forderung des Kridars und folglich die Übernahme des Vertrages zur Konkursmasse ablehne. Die Forderung in diesem Falle beruhe lediglich auf dem Gesetze, auf § 21 (26) K. O. Gefordert werden könne nur der Betrag des wirklich erlittenen Schadens, berechnet nach allgemeiner gesetzlicher Vorschrift. Diese Ansicht lässt sich wohl kaum aufrecht erhalten. Allerdings konstituiert § 26 K. O. die Forderung erst; da man aber zu ihrer Berechnung auf die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts zurückgreifen muss, so liegt absolut kein Grund vor, den § 340 B. G. B. hier einfach auszuschalten, wo im Absatz 2 gesagt ist, dass eine Konventionalstrafe eventuell als Mindestbetrag des Schadens eingesetzt werden kann.[2])

b) Der Vertragsgegner nimmt am Konkurse nicht teil.

Wenn nun der Vertragsgegner des Gemeinschuldners, nachdem der Konkursverwalter die weitere Erfüllung des Vertrages abgelehnt hat, keine Schadensersatzforderung im Konkurse anmeldet, so entsteht die Frage: Was wird weiter aus dem Vertrage? Ist er durch die Erklärung des Konkursverwalters nur aus dem Konkursverfahren ausgeschlossen oder muss er als für alle Zeiten erledigt betrachtet werden? Es soll versucht werden, diese Frage zu lösen im Anschluss an die andere, die mit ihr im engen Zusammenhang steht, ob nämlich der Konkursverwalter Herausgabe der vom Gemeinschuldner bereits gemachten Teilleistung oder entsprechenden Wertersatz verlangen kann oder nicht.

Unwillkürlich kommt man hier in die Versuchung, unter analoger Anwendung des § 26 Satz 1 K. O. zu sagen: was

[1]) Oetker Z. f. d. C. P. Bd. 14 S. 50.

[2]) Im Resultat übereinstimmend Jaeger § 17 Anm. 47. — Kleinfeller § 26 Anm. 9. — Wolff § 26 Anm. 4. — Sarwey § 26 S. 136. — Staub H. G. B. Exkurs zu § 382 Anm. 66. Auch Fitting § 10 Anm. 16 hat seine frühere Ansicht geändert.

geleistet ist, bleibt geleistet, eine Rückforderung findet nicht statt. Ganz so einfach ist die Entscheidung aber doch nicht. § 26 Satz 1 kann hier überhaupt nicht in Betracht kommen, da er die Rückforderung des Geleisteten nur für den umgekehrten Fall — dass der Vertragsgegner des Gemeinschuldners teilweise erfüllt hat — ausschliesst und Analogieschlüsse nicht zum Ziele führen. Mit demselben Rechte, mit dem man sagen kann, dass die für den einen Fall getroffene Regelung wohl auch für den umgekehrten gelten wird, kann man behaupten, dass § 26 Satz 1 nur den dort gekennzeichneten Fall habe treffen wollen. Man kann sich nicht verhehlen, dass die Gründe, welche zum Teil für den Gesetzgeber bestimmend waren, entgegen der preussischen und österreichischen K. O. das Rückforderungsrecht für den Mitkontrahenten auszuschliessen, hier nicht vorliegen. So weisen die Motive Seite 90 darauf hin, dass ein Dritter es den vom Gemeinschuldner gekauften und in seinem rechtmässigen Besitz befindlichen Sachen nicht ansehen könne, ob sie bereits bezahlt seien oder nicht. Er lässt sich im guten Glauben, dass sie zum Vermögen des Gemeinschuldners gehören, mit ihm in Geschäfte ein, gibt ihm Vorschüsse oder Kredit und wird in den Konkurs gezogen. Dass es da hart ist, wenn jetzt plötzlich vielleicht wertvolle Gegenstände dem Vermögen des Gemeinschuldners wieder entzogen werden, liegt auf der Hand. Hier handelt es sich aber gerade darum, Vermögenswerte im Interesse der Masse dem Gemeinschuldner zurückzugewinnen.

Da die K. O. im Stich lässt, so bleibt nichts weiter übrig, als auf die Rechtssätze des bürgerlichen Rechts zurückzugreifen und aus diesen heraus eine Lösung der Frage zu versuchen. Für den Konkursverwalter kommen zwei Wege in Betracht, auf denen er sein Ziel erreichen könnte: die Klage aus dem Vertrage und die ausservertragliche Klage, gestützt auf eine ungerechtfertigte Bereicherung des anderen Teiles. Vorteilhafter für den Verwalter ist es, wenn sich ihm eine Möglichkeit bietet, den ersten der beiden Wege zu beschreiten, da er dann nicht der doch gefährlichen Einrede des anderen Teiles, dass er nicht mehr bereichert, also auch zu einer Herausgabe nicht mehr verpflichtet sei, ausgesetzt wäre. Am vorteilhaftesten wäre einfach: Rücktritt vom Vertrage. Dann müsste beiden Teilen

gewährt werden, was sie haben würden, wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Der Mitkontrahent müsste unbedingt die empfangene Teilleistung herausgeben oder einen entsprechenden Wertersatz leisten. Dass jedoch dem Verwalter ein derartiges Recht nicht zusteht, ist bereits früher gezeigt. Er kann wohl die weitere Erfüllung ablehnen, aber nicht einseitig vom Vertrage zurücktreten. Unberührt bleibt selbstverständlich ein dem Gemeinschuldner etwa wegen Irrtums, Betruges usw. zustehendes Anfechtungsrecht. Eine Vertragsauflösung der Art, dass nach erfolgter Erfüllungsverweigerung seitens des Verwalters die andere Partei vom Vertrage zurücktritt, ist, mag man über die rechtliche Begründung auch streiten, tatsächlich jedenfalls ausgeschlossen. Denn in dem Falle, wo sie einen Sinn hätte, wenn nämlich seitens des Vertragsgegners des Gemeinschuldners teilweise Erfüllung erfolgt ist, steht die positive Vorschrift des § 26 Satz 1 K. O. entgegen. Wie aber die Sache hier liegt, würde der Mitkontrahent des Gemeinschuldners sich ins eigene Fleisch schneiden, weil er sich selbst zur Herausgabe des Empfangenen verpflichten würde.

Ein derartiges Rücktrittsrecht dürfte aber auch rechtlich ausgeschlossen sein. Denn wenn der andere Vertragsteil zurücktreten wollte, so müsste er, da das B. G. B. den vom *code civil* eingenommenen Standpunkt, dass das blosse Ausbleiben der Erfüllung schon ein Rücktrittsrecht gewähren kann, nicht geteilt hat, sich berufen auf Verzug oder vom Gemeinschuldner zu vertretende Unmöglichkeit, also auf dieselben Tatsachen, deren Nichtvorhandensein schon vorhin bei Begründung der Schadensersatzforderung festgestellt wurde. Es ist aber wohl darauf zu achten, dass ein Rücktrittsrecht nur ausgeschlossen ist, wenn es sich allein darauf gründen will, dass der Konkursverwalter auf Grund von § 17 K. O. die weitere Erfüllung des Vertrages abgelehnt hat. Ein auf einem anderen Grunde beruhendes Rücktrittsrecht, z. B. weil ein Kontrahent bereits vor der Eröffnung des Konkursverfahrens im Verzug war oder dergl., kann der Berechtigte, sei es der Konkursverwalter, sei es die andere Partei sehr wohl anziehen; das bewährt seine Kraft eventuell auch gegenüber § 26 Satz 1.

Wenn ein Rücktrittsrecht nicht gegeben ist, so bringt vielleicht § 320 Abs. 2 B. G. B. die erhoffte Lösung. Es ist vorhin

aus dem Wesen der gegenseitigen Verträge der Schluss gezogen worden, dass jeder Teil zur Leistung nur verpflichtet sei gegen vollkommenes Angebot der vertragsmässigen Gegenleistung. Dieses Prinzip wird in gewisser Hinsicht durchbrochen. § 320 Abs. 2 B. G. B. bestimmt nämlich: „Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismässiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles gegen Treu und Glauben verstossen würde.“ Man könnte nun so argumentieren. An und für sich ist der Vertragsgegner nicht verpflichtet, Teilleistungen anzunehmen, nimmt er sie aber an, so wird er damit für den entsprechenden Teil Schuldner des Kridars. Unter normalen Verhältnissen könnte er ja seine Gegenleistung bis zum vollständigen Empfang der Leistung zurückhalten, da aber nach Ablehnung der Erfüllung seitens des Verwalters an eine vollkommene Erfüllung des Vertrages, zum mindesten für absehbare Zeit nicht zu denken ist, so würde die Verweigerung einer entsprechenden Gegenleistung nach den Umständen gegen Treu und Glauben verstossen. Diese Konstruktion ist aber unhaltbar. Neben anderen Gründen, man denke z. B. an die oft vorliegende Schwierigkeit in der Bestimmung einer teilweisen Gegenleistung, spricht gegen eine derartige Regelung vor allen, dass der Konkursverwalter sich in gewisser Hinsicht widersprechen würde. Nachdem er einmal erklärt hat, er lehne die Erfüllung des Vertrages ab, kann er nicht später den andern Teil zu einer teilweisen Erfüllung anhalten. Der Vertrag besteht in Zukunft eben für den Verwalter nicht mehr. Ausserdem hat der Konkursverwalter nur die Wahl, ob er den Vertrag als Ganzes erfüllen will oder nicht;[1]) ein Recht, teilweise Erfüllung verlangen zu können, würde dem Sinne des § 17 K. O. zuwiderlaufen. Denn der Konkursverwalter kann den Vertrag nur ‚an Stelle des Gemeinschuldners‘ d. h., so wie der Gemeinschuldner ihn hätte erfüllen müssen, für die Konkursmasse in Anspruch nehmen. Dem Gemeinschuldner stand aber ein Recht auf teilweise Gegenleistung nicht zu. Die soeben zurückgewiesene Ansicht wird in der Literatur allerdings ver-

[1]) Bolze, Bd. 8 Nr. 1040.

treten von Grünwald,[1]) doch begnügt dieser sich damit, die Ansicht aufzustellen, ohne sie zu begründen.

Mit einer Vertragsklage kann also der Konkursverwalter weder das vom Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung Geleistete, noch einen entsprechenden Wertersatz für die Konkursmasse gewinnen, und es bleibt ihm daher nichts anderes übrig, als zu der ungerechtfertigten Bereicherung seine Zuflucht zu nehmen.

Bei der Regelung der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung hat sich das B. G. B. eng an die aus dem römischen Recht stammenden Kondiktionen angeschlossen und sich vor allem auch die Einteilung derselben zu eigen gemacht, was im I. Entwurf §§ 737 ff. noch schärfer hervortrat als in den jetzigen §§ 812 ff.

B. G. B. § 812 Abs. 1 lautet: „Wer durch die Leistung eines anderen, oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt, oder der mit einer Leistung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg nicht eintritt."

Welche Erfordernisse müssen also erfüllt sein, um einen Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung zu begründen? Genügt etwa jede Bereicherung auf Kosten eines anderen? Schon das römische Recht und auch das B. G. B. weist diesen Gedanken von sich, er ist für den Geschäftsverkehr einfach unbrauchbar. Der ganze Handelsverkehr ist ja darauf angelegt, dass der Verkäufer danach strebt, für seine Leistung vom Käufer möglichst eine grössere Gegenleistung in Empfang zu nehmen.

Es würde also bei dieser Fassung des Gesetzes der Käufer meist dem Kaufmann seinen Verdienst wieder abnehmen können. Deshalb ist ausser der blossen Bereicherung, um dem Geschädigten einen Anspruch auf Rückforderung zugestehen zu können, noch weiter notwendig, dass die Bereicherung ungerechtfertigt ist, d. h., dass sie vom Gesetz nicht gebilligt wird.

Durch die Leistung des Geschädigten muss der andere Teil aber endlich noch etwas ‚erlangt' haben. Erlangen soll hier soviel heissen, wie ‚Eigentum erwerben'. So lange der Bereicherte

[1]) Grünwald, S. 20.

an dem Geleisteten noch kein Eigentum erworben hat, fehlt eine Voraussetzung zur Begründung des Anspruchs wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Damit erledigt sich vielleicht auch eine Meinungsverschiedenheit zwischen Planck (Vorb. V zu § 812) und Cosack (§ 167 Anm. 13) einerseits und Endemann (7. Aufl. § 198 Anm. 4) andererseits, welche darüber entstanden ist, ob die Klage wegen ungerechtfertigter Bereicherung nur subsidiär, d. h. wenn keine andere Klage möglich ist, geltend gemacht werden kann oder ob sie wohl fähig ist, in Konkurrenz mit anderen Ansprüchen aufzutreten. In der Tat ist es nicht einzusehen, warum die Bereicherungsklage, wenn im übrigen ihre Voraussetzungen gegeben sind, nicht durchdringen soll, nur weil noch ein anderer Weg offen stand. Aber die Voraussetzungen für die Klage müssen eben vollkommen erfüllt sein, und sie sind es nicht, solange der Bereicherte noch nicht Eigentümer des Geleisteten geworden ist, solange also dem Geschädigten noch die dingliche Eigentumsklage zu Gebote steht. So verstanden ist die Bereicherungsklage allerdings subsidär. In diesem Sinne will auch Endemann (9. Aufl. § 198 Anm. 12) seine früher geäusserte Ansicht erklärt wissen. Für die Abhandlung ist die Frage insofern bedeutungslos, als ja alle übrigen Ansprüche zurückgewiesen sind, für den Konkursverwalter also die Bereicherungsklage noch die einzige Möglichkeit zur Rückerlangung des vom Gemeinschuldner Geleisteten darstellt.

B. G. B. § 812 enthält nun drei Fälle in denen eine ungerechtfertigte Bereicherung vorliegen soll; zunächst, wenn die Leistung von vornherein des rechtlichen Grundes entbehrte, ganz allgemein *condictio sine causa*, unter die hier auch die *condictio indebiti* zu rechnen ist, ferner, wenn zwar ein Rechtsgrund vorhanden war, aber später weggefallen ist, *condictio ob causam finitam* und endlich, wenn der mit der Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg nicht eintritt, *condictio causa data causa non secuta.*

Für eine *condictio indebiti* ist von vornherein kein Raum. Als der Gemeinschuldner seine Teilleistung an den Vertragsgegner machte, hat er dies auf Grund des vor der Konkurseröffnung abgeschlossenen gegenseitigen Vertrages getan, eine *causa* muss also vorhanden gewesen sein, sonst wäre § 17 K. O.

überhaupt nicht anwendbar. Dass der Kridar vielleicht nicht vorzuleisten verpflichtet war, kommt als Mangel des Rechtsgrundes nicht in Betracht. Auch eine *condictio causa data causa non secuta* ist nicht gegeben, denn der mit der Leistung bezweckte Erfolg war nicht, dass der andere Vertragsteil zur Gegenleistung dadurch veranlasst werden sollte, sondern wenn sich der Gemeinschuldner zu einer Teilleistung verstand, so konnte er damit nur bezwecken, die ihm nach dem Vertrage obliegende Verpflichtung wenigstens zum Teil zu erfüllen, und dieser Erfolg ist ohne Zweifel eingetreten.

Somit bleibt nur noch zu untersuchen, ob der für die *condictio ob causam finitam* geforderte Tatbestand als gegeben anzusehen ist. Danach muss die Vermögensverschiebung anfangs rechtlich wohl begründet, der Rechtsgrund aber später weggefallen sein. Als Beispiel wird gewöhnlich angeführt, dass der Gläubiger nach Bezahlung der Schuld den Schuldschein noch behält. Dass die Leistung des Gemeinschuldners, als sie erfolgte, auf gutem Grunde ruhte, muss angenommen werden. Bezüglich der zweiten Voraussetzung kommt man zu verschiedenen Ergebnissen, je nachdem man annimmt, die Erfüllungsablehnung habe nur Kraft während des Konkurses oder auch über den Konkurs hinaus.

Man lasse zunächst die Erklärung des Verwalters als endgültige Entscheidung über das Rechtsverhältnis gelten! Bleibt hier der andere Teil dem Konkurse fern, so ist bereits betont worden, dass der Verwalter durch seine Erklärung den Vertrag nicht aufheben kann; solange aber der Vertrag besteht, ist auch die *causa* vorhanden, welche die Leistung des Gemeinschuldners rechtfertigt. Man denke sich nun den Fall, dass der Mitkontrahent infolge der Nichterfüllung des Vertrages nicht den geringsten Schaden gehabt hat. Dann soll eine Rückforderung des vom Gemeinschuldner Geleisteten ausgeschlossen sein, weil der Vertrag noch besteht, andererseits soll aber Erfüllung in Zukunft nicht erzwungen werden können, weil die Erklärung des Konkursverwalters auch nach Beendigung des Verfahrens bindend sei. Diese Ansicht ist allerdings in der Literatur zahlreich vertreten worden, am schroffsten vom O. L. G. Dresden.[1]) Dass diese Ent-

[1]) O. L. G. Dresden, S. A. Bd 42 S. 247, Mugdan Falkmann IV 42d, — Annalen Bd. 17 S. 416. — Brachmann S. 22 u. 40. — Hellenbroich S. 23. — Petersen S. 95. — Rintelen S. 140. — Bolze Bd. 8 Nr. 1040. — J. W. 1904 S. 120.

scheidung der Billigkeit entspricht, kann man nicht behaupten, läuft sie doch in ihrem Ergebnis darauf hinaus, dass der Vertragsgegner des Gemeinschuldners tatsächlich etwas geschenkt bekommt. Das O. L. G. Dresden erkennt dies auch an, meint aber, dass „die anscheinende Härte dadurch ausgeglichen wird, dass bei Bemessung des Schadensersatzes, auf den der Vertragsgegner nach § 26 K. O. wegen unvollständiger Vertragserfüllung als Konkursgläubiger Anspruch hat, die Tatsache mit in Anrechnung zu bringen ist, dass er infolge der Erklärung des Verwalters die schon erfolgte Teillieferung ohne Entgelt behält". Wenn nun aber der Gegenkontrahent keinen Schaden geltend macht und einen solchen auch nicht hat? Ja, die soeben vorgetragene Ansicht wird in den meisten Fällen, wo nur erst der Gemeinschuldner eine Teilleistung gemacht hat, dazu führen, das Recht des Vertragsgegners, eine Forderung wegen Nichterfüllung im Konkurse anzumelden, illusorisch zu machen, weil er vorteilhafter gestellt ist, wenn er keinen Gebrauch davon macht. Lässt er es einfach bei der ablehnenden Erklärung des Verwalters bewenden, so bleibt ihm, was er bereits empfangen hat. Meldet er aber eine Schadensersatzforderung im Konkurse an, so muss er sich den Vorempfang auf diese Forderung anrechnen lassen. Das ist im Resultat ganz gleich, solange die Schadensersatzforderung mindestens ebenso gross ist, wie der Vorempfang, sobald aber dieser überwiegt, so ist nach den oben (S. 20 f.) erörterten Grundsätzen der Vertragsgegner verpflichtet, das Mehr dem Konkursverwalter herauszugeben. Das kann aber unmöglich die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein. Deshalb wird auch von einer Reihe von Schriftstellern[1]) angenommen, dass im Falle der Nichterfüllung seitens des Konkursverwalters eine Rückforderung des vom Gemeinschuldner Geleisteten nach § 812 B. G. B. erfolgen könne. Eine Begründung dieser Ansicht ist allerdings nirgends gegeben. Vielleicht ist sie folgendermassen denkbar: Nach K. O. § 53 braucht ein Gläubiger, soweit er zu einer Aufrechnung befugt ist, seine Forderung im Konkursverfahren nicht geltend zu machen. Dem

[1]) Jaeger § 17 Anm. 46 — Wilmowski § 17 Anm. 6 — Wolff § 17 Anm. 7, s. auch Entscheid des K. K. ob. Gerichtshofes Bd. 17, 45.

Verwalter muss aber daran gelegen sein, möglichst bald zu erfahren, was er noch für die Masse in Anspruch nehmen kann. Es bleibt ihm also nichts anderes übrig, als den anderen Vertragsteil zur Erklärung darüber aufzufordern, ob er in infolge der Nichterfüllung des Vertrages einen Schaden erlitten habe und in welcher Höhe. Macht der andere Teil einen Schaden geltend und wird dieser anerkannt, so ist es genau wie oben, wenn der Mitkontrahent am Konkurse teilnimmt. Hat er aber einen Schaden nicht erlitten, so liegt auf der Hand, dass durch die Nichterfüllung des Vertrages tatsächlich seine Aufhebung eingetreten ist. Es ist nicht einzusehen, weshalb man den doch offenbar toten Vertrag nicht auch begraben sollte. *Stricti juris* ist die Entscheidung allerdings nicht.

Viel einfacher und natürlicher löst sich der Knoten, wenn man der ablehnenden Haltung des Konkursverwalters nur Geltung beimisst für und gegen die Konkursmasse. Hier stellt der Konkursverwalter einfach fest, dass der Mitkontrahent aus der Masse nicht mehr auf Erfüllung des Vertrages hoffen darf. Selbstverständlich wäre es unbillig, wollte man damit vollkommene Rechtlosigkeit im Konkurse und Preisgabe an den mittellosen Gemeinschuldner verbinden. Meistens wird ja, wie bereits angedeutet, die Nichterfüllung des Vertrages durch den Konkursverwalter mit der völligen Nichterfüllung identisch sein, da der Kridar in der Regel nicht über erhebliches konkursfreies Vermögen verfügt. Daher gibt § 26 Satz 2 dem Vertragsgegner die Forderung wegen der Nichterfüllung. Der Mitkontrahent kann natürlich diese Forderung im Konkurse geltend machen, ohne vorher erst den Gemeinschuldner persönlich zur Erfüllung aufgefordert zu haben. Denn der Kridar hat, nachdem der Verwalter die Erfüllung abgelehnt hat, allerdings kein Recht darauf, dass der andere sich ihm gegenüber gebunden fühlt. Will deshalb der Gemeinschuldner verhüten, dass der andere einen Schaden im Konkurse liquidiert, so muss er seinerseits ihm durch Angebot der Erfüllung zuvorkommen. Selbstverständlich kann der Vertragsgegner auch so dem Konkurse fern bleiben, und wenn er dies tut, so bleibt es nach Beendigung des Verfahrens beiden Teilen, dann natürlich auch dem Gemeinschuldner, unbenommen, auf unveränderte Erfüllung des Vertrages

zu dringen. Von einer Rückforderung des vom Gemeinschuldner bereits Geleisteten kann in diesem Falle natürlich nicht die Rede sein, denn der Vertrag besteht tatsächlich noch.[1])

Zwei Möglichkeiten sind hier nebeneinander entwickelt. Um nun hinsichtlich der Rückforderung des vom Gemeinschuldner Geleisteten zu einem endgültigen Ergebnis zu kommen, bedarf es nach den obigen Ausführungen einer Entscheidung der Frage, ob die Erklärung des Konkursverwalters nicht erfüllen zu wollen, den Gemeinschuldner auch nach Beendigung des Konkurses bindet oder nicht, anders ausgedrückt, ob der Verwalter mit seiner Ablehnung endgültig über das betreffende Rechtsverhältnis verfügen, oder ob er es nur von der Konkursmasse ausschliessen kann. Nach einem Rechtssatze, der hierüber Klarheit verschafft, sucht man vergebens, es müssen deshalb wieder allgemeine Gesichtspunkte die Basis der Entscheidung bilden. Da liegt es nahe, doch einmal nachzuforschen, in welcher Eigenschaft denn eigentlich der Konkursverwalter seine Befugnisse ausübt, welche rechtliche Stellung er einnimmt. In der Tat liegt da ein Zusammenhang mit dem hier erstrebten Ziel klar zu Tage. Alle diejenigen, welche den Konkursverwalter ausschliesslich oder in der Hauptsache als Vertreter des Gemeinschuldners betrachten,[2]) legen konsequenter Weise seiner Erklärung, nicht erfüllen zu wollen, eine über den Konkurs hinausgehende Bedeutung bei, während ebenso konsequent diejenigen, welche ihn als Vertreter der Gläubiger erscheinen lassen,[3]) jener ablehnenden Erklärung nur der Konkursmasse gegenüber Kraft beimessen wollen. Inwiefern liegt hierin Konsequenz?

Wenn man in dem Konkursverwalter den Vertreter des Gemeinschuldners erblickt, so ist klar, dass die Handlungen des Vertreters auch für den Vertretenen verbindlich sein müssen. Der Vertretene kann nicht, auch wenn ihm die Vertretung durch das Gesetz aufgezwungen wurde, nach Aufhören derselben ‚ja'

---

[1]) O. L. G. Jena — S. A. Bd. 47 S. 124 ff. — Oetker a. a. O. Bd. 14 S. 33 — Förster-Eccius Bd. 1 S. 804, Anm. 3 — Kohler S. 133 — L. Seuffert S. 190.

[2]) Petersen § 6 Anm. 11 — Wilmowski S. 30 — Wolff § 6 Anm. 6 — Jaeger § 6 Anm. 1 ff. — Brachmann S. 15 — Hellenbroich S. 6 — Dernburg Pr. Pr. R. Bd. 2 S. 283. —

[3]) Seuffert S. 157 — Kohler S. 401.

sagen, wo der Vertreter ‚nein' gesagt hat. Wohin sollte das führen? Erklärt also der Konkursverwalter als Vertreter des Gemeinschuldners, der Vertrag werde nicht erfüllt werden, so heisst das, dass in Zukunft weder für noch gegen den Gemeinschuldner Erfüllung gefordert werden kann.

Die Ansicht, dass der Konkursverwalter Vertreter der Gläubiger sei, steht und fällt mit der Annahme, dass durch die Konkurseröffnung für die Gläubiger ein Pfandrecht am Vermögen des Gemeinschuldners begründet wird. Natürlich kann der Konkursverwalter als Vertreter der Gläubiger nicht mehr Rechte geltend machen, als diese selbst haben. Die Gläubiger können aber nur entweder ihr Pfandrecht an den Vermögensgegenständen des Gemeinschuldners realisieren oder auf seine Geltendmachung verzichten. Tun sie das letztere, so scheidet der betreffende Gegenstand aus dem Konkurse einfach aus und fällt der Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners wieder anheim.

Von denen, welche in dem Konkursverwalter den Vertreter der Masse sehen,[1]) und auch von denen, welche ihn überhaupt nicht als Vertreter, sondern kraft eigenen Rechtes[2]) handeln lassen, wird teils die Ansicht, dass nach der Erfüllungsablehnung seitens des Verwalters die Erfüllung des Vertrages überhaupt ausgeschlossen sei, teils die gegenteilige Ansicht verfochten.

Das Richtige trifft wohl bezüglich der Stellung des Konkursverwalters die vom R. G. Bd. 29 S. 29 ff. aufgestellte und von Lippmann[3]) eingehend begründete Theorie, „dass der Konkursverwalter ein im öffentlichen Interesse für die Durchführung der Zwecke des Konkurses geschaffenes Organ ist, das seine Legitimation zur Ausübung der ihm übertragenen Funktionen unmittelbar aus dem Gesetz entnimmt". Entscheidend sind hierfür folgende Gründe: Einer Vertretung des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter widerspricht, dass der Konkursverwalter oft gezwungen ist, gegen den Kridar aufzutreten, z. B. in Prozessen, und dass sich irgend sonst im Recht ein analoger Fall findet, wo dem Vertreter mehr Rechte zu Gebote stehen als ohne die Vertretung dem Vertretenen. Man denke gerade an

[1]) Förster-Eccius Bd. 1 S. 801 Anm. 26. — Stieglitz S. 40.

[2]) Sarwey-Bossert § 6 Anm. 5. — R. G. Bd. 29 S. 29 ff. — Oetker Bd. 14 S. 33.

[3]) Lippmann bei Ihering Bd. 41 S. 112 ff.

die §§ 17 ff. K. O. und an das Anfechtungsrecht. Den Vertreter der Gläubiger kann man aber in dem Konkursverwalter nicht sehen, weil die Motive S. 45 es ausdrücklich ablehnen, durch die Konkurseröffnung ein Pfandrecht für die Gläubiger entstehen zu lassen. Diese Annahme würde auch der sonst den Generalpfandrechten durchaus feindlichen Tendenz unseres modernen Reichsrechts gerade zuwiderlaufen.[1]) Für eine Vertretung der Masse seitens des Konkursverwalters fehlt in der K. O. jede Grundlage. Man müsste dann die Masse gleichsam als juristische Person betrachten und für diese mangelt es entschieden an einem Entstehungsgrunde, denn in der Konkurseröffnung kann man einen solchen nicht sehen. Die Vertretungstheorien sind alle, um sämtliche Erscheinungen des Konkurses erklären zu können, auf mehr oder weniger gekünstelte Konstruktionen angewiesen, und so erscheint der oben angedeutete, vom R. G. beschrittene Weg tatsächlich als der beste.

Der Konkurs ist ein notwendiges Übel, und der Staat hat ein erhebliches Interesse an der geordneten Durchführung des Verfahrens. Der zu diesem Zwecke eingesetzte Konkursverwalter steht über den Parteien. Die vom Konkursverwalter innerhalb seines Wirkungskreises getroffenen Anordnungen verpflichten, soweit — aber auch nur soweit — es „für die Durchführung der Zwecke des Konkurses" erforderlich ist, den Gemeinschuldner auch nach Beendigung des Verfahrens. Das R. G. Bd. 29 S. 30 und ihm folgend verschiedene Schriftsteller behaupten, „dass ohne den Grundsatz nicht auszukommen sei, dass die Handlungen des Konkursverwalters für den Gemeinschuldner bindend sein müssen". In der oben angegebenen Beschränkung muss man diesem Satze durchaus zustimmen. Doch für seine Ausdehnung auf die gegenseitigen Verträge, deren Erfüllung vom Konkursverwalter verweigert wird, liegt kein Grund vor. In der K. O. findet sich jedenfalls kein Stützpunkt für eine derartige Annahme. Die Erklärung des Verwalters, dass er die Erfüllung des Vertrages ablehne, bedeutet nur den Verzicht, ein Vermögensstück aus der Sollmasse in die Istmasse zu ziehen. Zu einer endgültigen Verfügung über das betreffende Rechtsverhältnis ist der Konkurs-

[1]) cfr. Schultze S. 8.

verwalter im allgemeinen nicht befugt. Warum sollte auch eine Realabwicklung des Vertrages nach Beendigung des Konkurses ausgeschlossen sein? Der Gemeinschuldner hat doch jedenfalls keinen Anspruch darauf, von seinen kontraktlich übernommenen Verpflichtungen deshalb befreit zu werden, weil er in Konkurs fiel; überdauern doch seine sonstigen Schulden, die nicht getilgt werden, den Konkurs. Warum sollten die aus einem gegenseitigen Vertrage hervorgehenden eine Ausnahme machen? Es ist behauptet worden, dass dem Vertragsgegner nicht zugemutet werden könne, dem mittellosen Gemeinschuldner weiter verbunden zu bleiben.[1]) Auch dieser Grund ist nicht stichhaltig, denn für die Wahrung der Interessen des anderen Teiles im Konkurse ist genügend gesorgt. Wenn dieser aber eine Geltendmachung der Rechte im Verfahren verschmäht, so wird sein mit dem Gemeinschuldner geschlossener Vertrag durch den Konkurs eben nicht weiter beeinflusst. Es ist dann genau so, wie wenn von ihm im Konkurs überhaupt nicht die Rede gewesen wäre. Der Konkursverwalter kann durch seine Erklärung den Vertrag weder aufheben noch umwandeln, er kann nur seine Erfüllung aus der Masse verweigern. Eine Umwandlung des Vertrages vollzieht sich erst in dem Augenblick, wo der andere Teil mit einer Schadensersatzforderung am Konkurse teilnimmt.

Auch die S. 21 konstruierten Beispiele kann man nicht anführen, um die eben vorgetragene Ansicht *ad absurdum* zu führen. In den dort genannten Fällen muss man doch annehmen, das der Konkursverwalter die Erfüllung ablehnte, weil er trotz der vom Gemeinschuldner bereits gemachten Teilleistungen den Vertrag immer noch für ungünstig erachtete. Sei es, dass er diese falsche Beurteilung der Lage seinem Ungeschick zuzuschreiben hat, sei es, dass eine unerwartete Änderung der Konjunktur die Schuld trägt, so liegt jedenfalls keine Veranlassung vor, der Konkursmasse noch irgendwelche Vorteile aus dem für die Gläubiger abgetanen Vertrage zu gewähren.

Das Ergebnis ist also, dass die andere Partei die vom Gemeinschuldner empfangene Teilleistung nicht herauszugeben braucht, solange sie nicht am Konkurse teilnimmt, weil der

---

[1]) R. G. Bd. 41 S. 134 — Bolze Bd. 15 Nr. 716.

Vertrag trotz der Erfüllungsablehnung seitens des Verwalters in derselben Weise unverändert weiter besteht, wie ein mit Stillschweigen übergangener.

Selbst für den Fall der Beendigung des Konkurses durch einen Zwangsvergleich wird der Vertrag nicht beeinflusst. Zwar ist nach § 193 K. O. der Zwangsvergleich wirksam für und gegen alle nicht bevorrechtigten Konkursgläubiger, auch wenn dieselben an dem Konkursverfahren nicht teilgenommen haben. Aber so wenig durch die Konkurseröffnung dem Mitkontrahenten die Einrede des nichterfüllten Vertrages aus der Hand gewunden, und der Grundsatz, dass er nur gegen vollkommenes Angebot der Gegenleistung seinerseits zu erfüllen braucht, erschüttert werden kann, so wenig kann dies jetzt der Fall sein. In gewisser Hinsicht ist eben derjenige, der mit dem Gemeinschuldner in einem noch schwebenden Vertragsverhältnis steht, wenn auch nicht technisch, so doch tatsächlich bevorrechtigter Konkursgläubiger. Anderer Meinung müssen natürlich alle die sein, welche durch die Erklärung des Konkursverwalters, nicht erfüllen zu wollen, eine Umwandlung des Vertrages eintreten lassen. Die dann entstehende Schadensersatzforderung wird als gewöhnliche Konkursforderung natürlich von einem Zwangsvergleich beeinflusst. Nicht richtig dürfte es aber sein, wenn man nur für den Fall, dass der Konkursverwalter keine Erklärung abgibt und auch nicht dazu aufgefordert wird, den Vertrag den Wirkungen des Zwangsvergleiches entziehen wollte.[1])

Das läuft doch im Ergebnis darauf hinaus, dass dem Konkursverwalter die Befugnis beigelegt wird, darüber zu entscheiden ob der Vertragsgegner des Gemeinschuldners einem Zwangsvergleich unterworfen sein soll oder nicht. Denn bei einem ungünstigen Vergleichsvorschlag wird der andere sich wohl hüten, den Konkursverwalter an eine Entscheidung über den noch schwebenden Vertrag zu mahnen, hat er doch die Aussicht sonst unbehelligt durch den Konkurs hindurchzuschlüpfen und nach dessen Beendigung ungeschmälerte Erfüllung beanspruchen zu können. Es hängt dann vollkommen vom Konkursverwalter

[1]) Jaeger § 17 Anm. 53ff. — Staub, a. a. O. Anm. 73 u. a. — A. M. R. G., Bolze Bd. 2 Nr. 1999 und L. Seuffert S. 190, der in jedem Falle den Vertrag dem Zwangsvergleich unterwerfen will.

ab, ob er den Anderen an den Vergleich fesseln will, indem er ausdrücklich die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnt, oder ob er ihn freilassen will, indem auch er schweigt. Das wäre doch eine über die Durchführung der Zwecke des Konkurses hinausgehende Befugnis, abgesehen davon, dass hier unlauteren Machenschaften Tor und Tür geöffnet wird. Von Jaegers Standpunkt aus, dass allein die Erklärung des Konkursverwalters den Vertrag umwandelt, ist ja die von ihm gezogene Konsequenz durchaus berechtigt, spricht aber gerade gegen die ihr zugrunde liegende Ansicht.

IV. Besondere Vertragsarten.

Über die in den §§ 18 ff. K. O. behandelten besonderen Vertragsarten braucht nicht viel gesagt zu werden, denn sie interessieren nur unter dem Gesichtspunkte, dass der Gemeinschuldner teilweise geleistet hat, der Konkursverwalter aber weitere Erfüllung ablehnt. Entweder kommen sie deshalb überhaupt nicht in Frage, weil der Konkursverwalter zur Erfüllungsablehnung nicht berechtigt ist, oder es greifen die oben erörterten aus § 17 in Verbindung mit § 26 gefolgerten Grundsätze Platz.

§ 18 handelt von Fixgeschäften, die einen Markt- oder Börsenpreis haben, wenn der Fälligkeitstag in die Zeit nach der Konkurseröffnung fällt. Bei den Rechtsgeschäften, auf die der Paragraph Anwendung findet, erfolgt kraft Gesetzes eine auch den Konkurs überdauernde Umwandlung in ein Differenzgeschäft, nach den im Absatz 2 gegebenen Direktiven. Der Verwalter hat hier überhaupt kein Wahlrecht zwischen Erfüllung und Nichterfüllung. Lässt sich ein dem Absatz 2 angepasster Markt- oder Börsenpreis nicht ermitteln, so tritt § 17 in seine Rechte.

§ 19 behandelt die Fälle der Miete und Pacht, dass der Gemeinschuldner Mieter oder Pächter und die Überlassung des Vertragsgegenstandes bereits vor der Konkurseröffnung erfolgt ist, der Vertragsgegner also teilweise geleistet hat. Hier steht sowohl dem Verwalter als auch dem anderen Teile ein Kündigungsrecht zu. Die Kündigungsfrist ist die gesetzliche, falls nicht eine kürzere bedungen war. Die früher streitige Frage, ob bei

Kündigung durch den Verwalter der andere Teil Ersatz des ihm durch die Aufhebung des Vertrages entstandenen Schadens verlangen kann, ist jetzt im bejahenden Sinne entschieden. Das Rechtsverhältnis ändert sich nicht dadurch, dass auch der Gemeinschuldner, z. B. durch Vorausbezahlung des Mietzinses für eine gewisse Zeit, teilweise geleistet hat. War dem Gemeinschuldner der gepachtete oder gemietete Gegenstand noch nicht übergeben, so kann der andere Teil vom Vertrage zurücktreten. Macht er von diesem Rechte nicht spätestens auf Erfordern des Verwalters Gebrauch, so kommen wieder die Bestimmungen des § 17 zur Anwendung (§ 20 K. O.).

Das Wahlrecht des Verwalters fehlt, wenn der Gemeinschuldner als Vermieter oder Verpächter teilweise erfüllt, d. h. den betreffenden Gegenstand dem Mieter oder Pächter übergeben hatte. Denn diese Verträge bleiben auch der Konkursmasse gegenüber wirksam, s. § 21 Abs. 1 K. O.

„Ein in dem Haushalte, Wirtschaftsbetriebe oder Erwerbsgeschäfte des Gemeinschuldners angetretenes Dienstverhältnis kann von jedem Teile gekündigt werden.“ Je nachdem die gesetzliche oder vertragliche Kündigungsfrist kürzer ist, tritt diese ein. Auch hier wird, wenn der Konkursverwalter kündigt, dem andern Teile eine Schadensersatzforderung gewährt, K. O. § 22. War das Dienstverhältnis noch nicht angetreten, so ist nur § 17 massgebend.

Ein Auftrag, mag der Gemeinschuldner Geber oder Empfänger desselben sein, ist kein gegenseitiger Vertrag, kommt also nicht in Frage. Soweit es sich um eine Geschäftsbesorgung handelt, erlischt sie, wenn der Gemeinschuldner der Berechtigte ist (§ 23 Absatz 2); sie bleibt ausserhalb des Konkurses, wenn er der Verpflichtete ist, denn über die persönliche Arbeitskraft des Kridars kann der Konkursverwalter nicht verfügen.

Von einem Fortbestehen der Miet-, Pacht- oder Dienstverträge nach dem Konkurse kann, auch wenn der Verwalter gekündigt hat, natürlich nicht die Rede sein, denn Kündigung lässt das Rechtsverhältnis nach Ablauf der bestimmten Frist erlöschen. Vom Gemeinschuldner gemachte Teilleistungen muss der Gegenkontrahent, soweit sie nicht zur Aufrechnung mit

eventuellen Schadensersatzforderungen dienen, zurückgewähren oder deren Wert ersetzen.

Besondere Vorschriften für den Konkurs des Verlegers enthält das Gesetz über das Verlagsrecht vom 19. Juni 1901 in den §§ 36 ff. Nach § 36 Abs. 1 *cit. leg.* hat der Konkursverwalter das ihm nach § 17 K. O. zustehende Wahlrecht auch dann noch, wenn das Werk bereits vor der Eröffnung des Verfahrens an den Verleger abgeliefert worden ist. Damit ist die Diskussion über die Frage abgeschnitten, wann der Verfasser seinerseits vollkommen erfüllt hat, wann noch nicht. Lehnt nun der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages ab, so kommen grundsätzlich dieselben Regeln wie oben zur Anwendung. Auch hier kehrt die Frage wieder, ob die Ablehnung der Erfüllung nur für den Konkurs gilt oder auch darüber hinaus. Die Entscheidung ist dieselbe wie vorher. Wenn sich der Verfasser gebunden fühlen will an den Gemeinschuldner und eine Forderung auf Schadensersatz im Konkurse nicht anmeldet, so ist dagegen nichts einzuwenden.[1]) Die von Jaeger zur Unterstützung seiner Ansicht zitierte Begründung des Gesetzes: „Weder der Gemeinschuldner noch der Konkursverwalter kann für die Zukunft die Rechte aus dem Vertrage geltend machen," steht dem nicht entgegen. Auch hier ist das *punctum saliens* der Entschluss des anderen Teiles, am Konkursverfahren teilzunehmen oder ihm fern zu bleiben.

---

[1]) A. M. Jaeger § 17 Anm. 58 b. — Allfeld § 36 Anm. 4 a.